

Manifesto

di Giuseppe Giliberti

Che il diritto sia paragonabile ad un organismo animato (*nómos émpsychos*) è una metafora suggestiva ed antica, cui giuristi di diversissimo orientamento hanno sovente fatto ricorso [1]. Con questo, si vuole di solito intendere che il diritto effettivamente osservato non coincide semplicemente con gli enunciati ‘ufficiali’, poiché deve confrontarsi anche con la prassi giudiziaria, gli interessi sociali, i valori, la cultura giuridica [2]. Questo lavoro di continua ridefinizione della norma è inevitabile anche negli ordinamenti codificati, persino in quelli più aderenti al criterio ermeneutico dell’interpretazione letterale.

Ad una società viva non può corrispondere un diritto pietrificato. Nella costituzione *Tanta* di Giustiniano si legge che “il diritto umano si modifica continuamente e nulla c’è in esso di stabile e definitivo, perché molte nuove forme la natura si industria a creare”. In realtà l’Imperatore presumeva che, da allora in avanti, si potessero regolare i nuovi rapporti sociali solo mediante puntuali interventi normativi. Per assicurarsi che non tornasse in vita il diritto giurisprudenziale, Giustiniano arrivava persino a vietare ogni commento al Digesto, sotto pena della *deportatio in insulam*. Fu una breve illusione, che nemmeno gli stessi giuristi incaricati di compilare il *Corpus Iuris* dovettero prendere sul serio[3].

A maggior ragione per noi, che viviamo in un ordinamento profondamente orientato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Corti europee, è difficile credere che le norme, come i teoremi di geometria, possano operare sulla realtà empirica senza perdere la propria ‘purezza’. La ‘vitalità’ del diritto, e quindi la ‘validità’ del diritto vivente, postulano una concezione giuridica in qualche misura realista. Difatti, una conseguenza che spesso si trae dalla metafora della ‘vita’ del diritto è che l’ordinamento, pur dotato di una struttura riconoscibile e basata su pochi e semplici principi ‘architettonici’, non è tuttavia un sistema chiuso e assiomatico-gerarchico. Piuttosto, è concepibile come una rete aperta e in costante trasformazione[4]. Nei paesi meno influenzati dalla cultura giuridica romanistica (la famiglia del *common law*, o l’area scandinava), questa visione appare quasi come un frutto spontaneo. Ma anche in ordinamenti come il nostro, c’è chi torna ad argomentare, seguendo il ragionamento di Eugen Ehrlich, che il “diritto vivente” (*lebendes Recht*), prodotto soprattutto dalle istituzioni sociali, debba prevalere sulle proposizioni del “diritto vigente” (*geltendes Recht*)[5]. Quindi il legislatore non dovrebbe illudersi di poter modellare la società a propria discrezione, e meglio farebbe a lasciare che il giudice creasse liberamente diritto. Il diritto libero è una posizione fatta propria, anche in Italia, da molti seguaci dell’odierno neo-costituzionalismo. L’enunciato normativo è, quindi, sempre più inteso ‘solo’ come un’indicazione sul modo in cui dovrà operare la magistratura[6]. Naturalmente, questo indebolisce il principio della certezza del diritto, rischiando paradossalmente di porre il magistrato-tecnocrate alle dipendenze dei poteri economici, benché oggi si paventi piuttosto il contrario[7].

In una prospettiva pragmatica, diversa sia dal diritto libero che dall’istituzionalismo, il binomio *nómos émpsychos* - *nómos ápsychos* può essere, invece, letto come conflitto tra ‘*law in action*’ e ‘*law in books*’. È un *tópos* reso popolare da un famoso articolo di Roscoe Pound del 1910, in verità meno anti-formalista di quello che sembra suggerire il titolo[8]. La formula - anche grazie al gusto per la provocazione tipico dei realisti americani e scandinavi - ha avuto un successo sempre crescente in ogni campo, tanto più nell’epoca della globalizzazione del diritto e della crisi dello Stato[9]. Ma ben più radicale di Pound era stato, qualche anno prima, Oliver Wendell Holmes jr., che era arrivato ad affermare che “*the profecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”[10]. Tuttavia, anche questo celebre aforisma non va inteso come una banale esibizione di scetticismo nei confronti del mito europeo-continentale della certezza

del diritto. Il problema che esso mette in luce è – come dicevo – ancora più radicale: il giudice Wendell Holmes evidenzia che una disposizione non basta da sola a creare una norma^[11]. La prassi, la precomprensione della norma positiva da parte del giudice, persino i pregiudizi diffusi nel suo ambiente professionale, sono una componente essenziale della norma stessa. La cultura giuridica nella quale vive ed opera il giudice (occidentale, europea, romano-germanica, italiana)^[12] determina in misura notevole il significato che si dovrà dare alla disposizione.

Inteso in questo senso, il concetto della ‘vita’ del diritto è passato nella dottrina italiana grazie a Tullio Ascarelli^[13]. Come in America, ha influenzato anche la Corte Costituzionale, soprattutto da quando la giurisprudenza della suprema Corte ha cominciato ad interpretare il diritto creativamente e “per principi”^[14].

Un altro senso della metafora, più circoscritto ed oggi assai corrente nella dottrina italiana, individua nel ‘diritto vivente’ l’interpretazione prevalente della norma da parte dei giudici ordinari^[15]. Il carattere di ‘vitalità’ è, in questo caso, attribuito non tanto all’ordinamento nel suo complesso, ma all’interpretazione giurisprudenziale prevalente di specifiche norme, consolidata dall’azione nomofilattica della Cassazione e, al pari delle leggi, sottoponibile alla verifica di costituzionalità da parte della Consulta^[16]. Comunque, ogni magistrato sa di avere l’obbligo di colmare l’inevitabile divaricazione fra l’enunciato della *law in books* e la richiesta di una giustizia “ragionevole” e non confliggente con l’*Ordnung* etico-giuridico^[17]. Questo sforzo di contestualizzazione è il ‘segreto’ del suo mestiere, non solo nell’area della *judge-made law* anglosassone, ma anche negli ordinamenti a base legislativa del continente europeo. Il suo ragionamento non si può ridurre ad un ‘sillogismo giudiziale’, e nemmeno a una catena di sillogismi che, collegando le regole alla fattispecie, giustificano la decisione. Più o meno evidente, appare la trama dei principi giuridici e degli ‘*standards*’ che orientano concretamente la *law in action*^[18], delle forme di pensiero, delle convinzioni etico-politiche sulle finalità dell’ordinamento^[19], della Costituzione materiale^[20], dei modelli teorici e delle esperienze storiche che caratterizzano la cultura giuridica nella quale i magistrati si sono formati. Ed è soprattutto ad opera dell’Università che il ceto dei magistrati e degli operatori del diritto ricava il proprio linguaggio e il proprio ‘metodo’^[21].

Se l’enunciato da solo non basta a porre in essere la norma^[22], la scienza giuridica non si potrà mai esaurire nella dogmatica. Né si potrebbe più restringere il dominio della ‘scienza del diritto’ - in quanto ‘scienza dello spirito’ - alla sola ‘giurisprudenza normativa’^[23]. Questa persuasione, sempre più diffusa in Italia, dovrebbe avere notevoli ricadute sulla didattica universitaria. Invece, l’educazione del giurista è di fatto ferma alla tradizione formalista, anche se tutti intuiscono che l’attuale divisione disciplinare fra lo studio del diritto vigente e il “resto” - materie cosiddette “formative” (storia e filosofia), diritto comparato, antropologia, sociologia ed economia – non è più sostenibile. O almeno, non è sostenibile nelle forme radicali cui siamo abituati. L’educazione del giurista, in tutte le sue forme^[24], esige un approccio più interdisciplinare e soprattutto un maggior ricorso allo studio casistico, rispetto al passato. Alla *legum doctrina* dovrà unirsi la sensibilità per i problemi sociali, un’ottima conoscenza dei meccanismi della giurisdizione e una vasta cultura. Se, in particolare, mancasse il riferimento critico alla società e alla cultura giuridica in cui si trova a vivere, lo studente di materie giuridiche non potrebbe apprendere molto più che la *law in books* e non disporrebbe mai di tutti gli strumenti necessari per la pratica del diritto.

Non a caso, *Cultura giuridica e diritto vivente* è stata preceduta dalla sperimentazione ad Urbino di un “*Laboratorio del diritto vivente*”, ispirato al modello delle ‘*law school clinics*’, che mette a disposizione degli studenti strumenti per la diagnosi e la soluzione dei casi concreti sotto la supervisione di docenti ed esperti^[25]. Vogliamo, dunque, che i docenti-ricercatori, pur mantenendo ciascuno la propria specialità, collaborino con i pratici nel recuperare l’originaria dimensione olistica

del diritto, come “*ars boni et aequi*”^[26]. In rapida sintesi, è questo il programma scientifico della nostra rivista.

[1] Cfr. E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari (2008), p. 13 ss. Nel *Perì nó mou*, il pitagorico Archita contrapponeva alla “legge senz’anima” il *nó mos* vivente, capace di adeguarsi al diritto naturale. Nei testi pitagorici, la metafora si riferisce spesso al “re per natura”, che è “legge incarnata”. Si veda anche Arist., *Eth Nich.*, 1132, 20 (*dikaion émpsychon*). Cfr. I. RAMELLI, *Il Basileus come nomos empsychos tra diritto naturale e diritto divino. Spunti platonici del concetto e sviluppi in età imperiale e tardo-antica*, Napoli (2006); L. MENGONI, s.v. *Diritto vivente*, in Dig. Disc. Priv., dir. civ., VI, Torino (1995), p. 445 ss.

[2] Cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari (1999), p. 5: “Per «cultura giuridica» può intendersi la somma di più insiemi di saperi e di atteggiamenti: innanzitutto l’insieme delle teorie, delle filosofie e delle dottrine giuridiche elaborate in una determinata fase storica da giuristi e filosofi del diritto; in secondo luogo il complesso delle ideologie, dei modelli di giustizia e dei modi di pensare intorno al diritto propri degli operatori giuridici di professione, siano essi legislatori o giudici o amministratori; in terzo luogo il senso comune intorno al diritto e ai singoli istituti giuridici diffuso ed operante in una determinata società. Tra il diritto positivo e la cultura giuridica esiste peraltro un rapporto di reciproca interazione. Il diritto può essere infatti concepito come un complesso linguaggio, al tempo stesso oggetto e prodotto della cultura giuridica: cioè come un insieme di segni normativi e di significati loro associati nella pratica giuridica da giuristi, operatori ed utenti, i quali tutti concorrono, in forme e a livelli diversi, alla sua produzione oltre che alla sua interpretazione”.

[3] Cfr. A. CENDERELLI, *I giuristi di Giustiniano*, in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano04cenderelli.pdf>, 4 (2004), p. 24 ss.

[4] Cfr. F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano (1990), p. 52 ss.; P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari (2007), p. 21 ss.

[5] Cfr. E. EHRLICH, *Lineamenti della sociologia del diritto* (1913), Milano (1975), p. 57 ss.; A. FEBBRAJO, *E. Ehrlich: dal diritto libero al diritto vivente*, in *Sociologia del diritto*, 9 (1982), p. 137 ss. Alle tesi di Ehrlich si ricollega, in effetti, anche G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.* (1986); *Il diritto mite*, Torino (1992).

[6] Cfr. G. ZAGREBELSKY, op. ult. cit., p. 167 ss.

[7] Anche un realista come R. POUND, *Introduzione alla filosofia del diritto* (1954²), Firenze (1963), p. 97 s., è indotto ad osservare che “Solo ad un santo come Luigi IX sotto la quercia di Vincennes si possono affidare gli ampi poteri di un giudice limitato soltanto dal desiderio di pervenire in ogni caso al risultato giusto, tenendo il diritto come guida generica”.

[8] Cfr. R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *Am. L. Rev.* 12 (1910), p. 12 ss.

[9] Si veda, ad esempio, la polemica dei sostenitori americani della “Costituzione vivente” e del “cosmopolitismo giudiziario” contro quelli della “Costituzione morta” (in primo luogo il giudice

Antonin Scalia). Cfr. A. DERSHOWITZ, *Rights from Wrongs. Una teoria laica dell'origine dei diritti* (2004), Torino (2005), p. 211 ss.

[10] Cfr. O. WENDELL HOLMES, *The Path of the Law* (1897), in *Harv. Law* 10 (1897), p. 457.

[11] Cfr. V. CRISAFULLI, s. v. *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano (1964), 195 ss.

[12] Cfr. P. HÄBERLE, *La cultura giuridica europea*, in P. RIDOLA, *La Costituzione europea tra cultura e mercato*, (1997), p. 26 s. “La cultura giuridica europea si è formata nel corso di più di duemila anni. Le singole fasi e i loro prodotti si sovrappongono come strati diversi e si riscontrano ovunque in Europa, in misura maggiore o minore”.

[13] Cfr. T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.* (1957), p. 351 ss.; U. VINCENTI, *Giustizia e metodo. Contro la mitologia giuridica*, vol. I, nuova ed., Torino (2005), p. 19 ss.

[14] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Costituzione vivente*, in *Storia e memoria*, 15 (2006), p. 69 ss.

[15] Cfr. C. VISCONTI, *I reati associativi tra dottrina e diritto vivente*, in L. PICOTTI, G. FORNASARI, A. MELCHIONDA, *I reati associativi tra paradigmi probatori e diritto sostanziale*, Padova (2005), p. 135 ss.

[16] Negli ultimi anni si è ripetutamente posto, talora in termini conflittuali tra le due supreme Corti, il problema se la Consulta, nel verificare la conformità costituzionale di una norma, fosse vincolata al significato ad esso attribuito dalla giurisprudenza di merito, o se potesse dichiarare incostituzionale anche questo ‘diritto vivente’. Sembra si sia consolidato il principio che l'interpretazione del senso del comando giuridico spetti esclusivamente al giudice comune, mentre la Consulta abbia il compito di vagliare la conformità alla Costituzione della norma così come essa viene intesa dalla giurisprudenza prevalente di merito. Cfr. V. CRISAFULLI, *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale* in *Giur. Cost.* (1961), (1961), p. 889 ss.; A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguate, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte Costituzionale*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/06_11_09_DAtena.pdf (2009), p. 10 ss.

[17] Cfr. F.C. von SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1840-49), Torino (1886), vol. I, p. 39 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, Torino (2010), vol. II, p. 161 ss.

[18] Cfr. R. POUND, op. cit., p. 85 ss., distingue norme particolareggiate (diremmo ‘regole’), premesse generali (ovvero ‘principi giuridici’) e *standards* giuridici, cioè modelli di comportamento che implicano un giudizio morale sulla condotta.

[19] Cfr. R. DWORKIN, *Is Law a System of Rules?*, in *The Philosophy of Law*, Oxford (1977), p. 43. Per l'esattezza, Dworkin parla di *standards* e in particolare di *policies*, intendendo queste ultime come “that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political or social feature of the community”. Cfr. anche I. MCLEOD, *Legal Method* (1993), III ed. rev., Basingstoke 2005, p. 19 s.

[20] Cfr. C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano (rist. 1988).

[21] Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Torino (1990), p. 93 ss.

[22] Cfr. G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna (1974), p. 57: “il processo interpretativo si esercita su di un enunciato, procede a partire da un enunciato e perviene alla norma; la norma non precede come dato, bensì segue, come prodotto, il processo interpretativo”.

[23] Cfr. H. Kelsen, *Tra scienza del diritto e sociologia* (1911), Napoli (1974), p. 39 ss.

[24] W. TWINING, *Una disciplina cosmopolita? Alcune conseguenze della “globalizzazione” dell’educazione giuridica*, in *Sociologia del diritto*, 28 (2001), p. 27 s., riferendosi al mondo anglosassone, attribuisce all’espressione “educazione giuridica” sette principali significati: i corsi di laurea di primo livello in diritto; i corsi di laurea di primo e secondo livello con contenuti prevalentemente giuridici; qualunque corso offerto dalle facoltà giuridiche, compresi i programmi di aggiornamento professionale per commercialisti; il tirocinio legale formale e certificato; qualunque tipo di formazione per operatori del diritto, anche impartito nelle aziende; qualunque tipo di insegnamento giuridico formale, compresi i programmi di addestramento della polizia e l’insegnamento del diritto nelle scuole; qualsiasi tipo d’insegnamento formale o informale del diritto in una data società, tenendo conto che la vita nel suo insieme è una scuola di diritto.

[25] Cfr. <http://www.uniurb.it/it/portale/a-giur/edocs/PREMESSA%20Laboratorio%20di%20dir%20vivente.pdf>: “Nel quadro di una accentuata contaminazione tra sfera pubblica e privata, tra diritto sostanziale e processo, tra ordinamento giuridico interno e ordine sovranazionale, tra modelli di *civil law* e quelli di *common law* – connubi veicolati, soprattutto, dall’inesausta azione degli attori della spazio giuridico sovranazionale (Unione europea *in primis*) - prende così forma uno spazio di riflessione che ha ad oggetto; (i) fonti a-tipiche; (ii) prassi creative di regole comportamentali; (iii) tecniche decisionali; (iv) orientamenti giurisprudenziali, nazionali ed internazionali; (v) schemi di elaborazione pluralistica di strumenti regolativi in grado di realizzare ambiziosi programmi di scopo, definiti in vista della soddisfazione di complesse necessità sociali; (vi) verifiche di impatto, quale fonte di produzione del diritto; (vii) analisi delle conseguenze quale criterio di interpretazione dello stesso; (viii) modalità alternative di definizione delle controversie”.

[26] Cfr. in generale F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010.